

Conferencista: Germano Marques da Silva

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO PENAL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 59/2007, DE 4 DE SETEMBRO

SUMÁRIO: Introdução; 1. O âmbito de aplicação dos n.ºs 2 a 11 do art. 11.º do Código Penal; 2. Os crimes imputáveis às pessoas colectivas (n.º 2 do art. 11.º do Código Penal); 3. Do modo de imputação dos factos à pessoa colectiva; 4. Pessoas que exerçam funções de liderança na pessoa colectiva não agindo funcionalmente; actos funcionais e actos pessoais; 5. A perpetração das infracções por quem na pessoa colectiva exerça funções de liderança; 6. Exclusão da responsabilidade das sociedades por actuação dos seus órgãos ou representantes contra ordens ou instruções expressas de quem de direito; 7. A responsabilidade cumulativa e a autonomia da responsabilidade dos agentes e a da pessoa colectiva; 8. Breves notas sobre os n.ºs 8 e 9 do art. 11.º; 9. Pressupostos materiais da imputação: o facto e a culpa da pessoa colectiva; 9. 1. Considerações gerais; 9.2. A problemática da culpabilidade; 9.3. Modalidades de imputação dos crimes às pessoas colectivas; Conclusão.

INTRODUÇÃO (À guisa de)

I. Naquele tempo as leis, como as ideias, mudavam à velocidade do caracol. Ainda me lembro do meu Professor de Direito Constitucional e Administrativo ensinar que novas ideias em Direito surgiam uma em cada século, ou pouco mais. As alterações legislativas arrastavam-se por meses ou anos em discussões muitas, embora fossem muito poucos os intervenientes, e as mudanças dogmáticas não eram menos raras e morosas. Era um tempo de paz para os juristas, em geral, e para os professores em particular. Com sorte tinham uma vida profissional mais ou menos longa sem que ocorressem alterações legislativas significativas; era da essência dos Códigos a estabilidade legislativa, eram feitos para durar décadas. Os conhecimentos adquiridos na Faculdade, porque doutrinariamente estabilizados, serviam para o resto da vida. Era assim naquele tempo...

No nosso tempo, nesta era supersónica e electrónica, dos computadores, dos fax, dos e-mail, da pressão dos *media*, também o Direito não quis ou não pôde ficar para trás: as mudanças legislativas fazem-se ao ritmo da vida moderna e muitas vezes quando as leis são promulgadas já estão atrasadas e, não raro, poucos meses depois de publicadas são alteradas e com frequência também poucos dias após a sua entrada em vigor é pedida a sua suspensão. Também o tempo para a sua interpretação e aplicação é outro, é um tempo acelerado, próprio do nosso tempo e, por isso, não se estranhe que o

tempo da *vacatio* seja também reduzido. Quinze dias, no nosso tempo, é uma eternidade... sobretudo quando o legislador se convence, como é pressuposto nas leis penais, que a entrada em vigor das novas leis é urgente porque vêm consagrar soluções da vida mais justas. A Justiça não pode ser adiada... não há Justiça a prazo....

Acresce a ideia cada vez mais comum que o conhecimento das leis compete especialmente aos juristas, aos seus aplicadores, sobretudo quando se trata do Direito Penal de Justiça. As soluções que o legislador consagra estão ou devem estar adquiridas, no que é essencial, pelo conhecimento comum resultante das discussões políticas que geralmente as precedem e preparam. Por outra parte os juristas têm facilidade de devorar os novos Códigos, tanto que cada vez mais os Códigos são regulamentares, e por isso quase basta saber ler e lê-los para o que não é necessário muito tempo... Os juristas têm a capacidade de ler na diagonal...

Vem a propósito das alterações introduzidas no Código Penal pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, e em especial sobre a matéria que é objecto desta minha comunicação nas Jornadas: a responsabilidade das pessoas colectivas.

Nem sequer se trata de novidade. Desde pelo menos 1984 que a responsabilidade das pessoas colectivas tem amplo acolhimento na nossa ordem jurídica, consagrada na lei e discutida na doutrina contemporânea.

II. Não obstante o art. 11º do Código Penal, na sua redacção originária, apenas admitir a responsabilidade das pessoas colectivas a título excepcional e conseqüentemente nada dispor sobre as normas de imputação, a verdade é que logo em 1984 (Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro) o legislador fez a sua opção pela generalização da responsabilidade destes entes meramente jurídicos e desde então não parou de ser consagrada nos mais diversos diplomas, sobretudo no domínio do Direito Penal secundário. Chegou a altura de estender essa susceptibilidade de responsabilização também a certas áreas do Direito Penal de Justiça. A matéria continua a ser discutida pela doutrina, mas o certo é que se vai generalizando um pouco por todo o lado este alargamento do âmbito da responsabilidade, de modo que, em alguns sistemas, já se admite a responsabilidade das pessoas colectivas para qualquer crime, como sucede, na Holanda e na Bélgica.

Não vou discutir agora a problemática da legitimidade da incriminação das pessoas colectivas. Ocuparíamos o tempo que me foi concedido para esta comunicação e parece-me que há questões mais interessantes e úteis para analisar em tempo de

entender as soluções legais. O legislador fez a sua opção, pragmática por certo, discutível porventura, mas para a podermos criticar é necessário antes entendê-la. É só o que me proponho hoje: fazer a exegese do art. 11º do Código Penal, na sua nova redacção, e das demais disposições pertinentes do Código Penal revisto e da legislação especial.

1. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS N.ºS 2 A 11 DO ART. 11º DO CÓDIGO PENAL

Uma primeira questão, aparentemente formal, respeita ao âmbito de aplicação dos n.º 2 a 11 do art. 11º do Código Penal. São normas apenas aplicáveis aos crimes enumerados no n.º 2 (maus tratos, violação de regras de segurança, escravidão e tráfico de pessoas, crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual, burlas, discriminação, falsificações de documento e falsificações de moeda, títulos de crédito e valores selados, falsificação de selos, cunhos, marcas ou chancelas, crimes de perigo comum, associação criminosa, tráfico de influência, desobediência, violação de imposições, favorecimento pessoal, branqueamento e corrupção) ou para além da enumeração constante do proémio do n.º 2 constituem normas gerais aplicáveis a todos os crimes em que a lei consagre a responsabilidade das pessoas colectivas?

A dúvida, ou melhor a questão, pode parecer impertinente, desde logo porque o art. 8º do Código Penal, que não foi alterado, dispõe que as disposições do Código Penal são aplicáveis aos factos puníveis pela legislação de carácter especial, salvo disposição em contrário. Sucede, porém, que a Lei n.º 59/2007 procedeu também a alterações de legislação especial, concretamente da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (lei de combate ao terrorismo), do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (regime jurídico das armas), dispondo agora, nestes diplomas, que «as pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, *nos termos gerais, pelos crimes previstos (...)*, mas há muita outra legislação especial que prevê a responsabilização criminal das pessoas colectivas e que não foi objecto de qualquer alteração (v.g. o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro - Infracções anti-económicas e contra a saúde pública - e o Regime Geral das Infracções Tributárias, constante da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, entre muitas outras.

Um breve exemplo só para ilustrar a relevância da questão. Dispõe o n.º 2 do art. 11º do Código Penal que são excepcionadas da responsabilidade criminal as pessoas colectivas públicas, nelas se compreendendo (n.º 3) (a) *as pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais*, (b) *entidades*

concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade, (c) demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público. Limitemos ainda mais o nosso exemplo apenas às entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade. Qual a razão por que estas entidades, que podem ser sociedades comerciais, não respondem pelos crimes para os quais o Código prevê a responsabilização das pessoas colectivas? Qual a razão por que estas entidades não respondem, como as demais empresas privadas, pelos crimes previstos no Código do Trabalho? Qual a razão por que essas pessoas colectivas privadas não respondem pelos crimes previstos na lei da procriação medicamente assistida? E se assim é, como parece resultar da leitura do Código Penal e dos arts. 4º e 6º da Lei nº 59/2007, qual a razão por que o mesmo não sucede com o regime das infracções anti-económicas e contra a saúde pública e com o REGIT? Por que é que o mesmo não sucede com a Lei da Criminalidade Informática (Lei nº 109/91), com o Código da Propriedade Industrial (DI nº 36/2003) e a Lei da Criminalidade Organizada e Económica-financeira (Lei nº 5/2002), entre muitas outras. Qual o critério?

Abreviando. A conciliação há-de fazer-se nos precisos termos constantes do art. 8º do Código Penal: aplica-se o regime constante dos nºs 2 a 11 do Código Penal, *salvo disposição em contrário da legislação especial.* Mas será que a omissão de qualquer referência às pessoas colectivas públicas na legislação especial deve ser interpretada como disposição em contrário ao disposto no nº 3 do art. 11º do Código Penal? É pelo menos muito duvidoso que seja assim, mas porque não entendo a razão da excepção sou levado a inclinar-me para considerar que a excepção está no nº 3 do Código Penal.

Sou levado a esta interpretação restritiva porque me parece que para a generalidade da actuação das pessoas colectivas públicas não basta a fiscalização política; é muito mais transparente e eficaz a fiscalização judiciária. Admito que não possam aplicar-se-lhes certas penas, como o encerramento ou a dissolução, mas nada impede a aplicação da pena de multa e algumas das penas acessórias, nomeadamente a injunção judiciária e a publicidade e da decisão condenatória (art. 90-A).

Receio que a falta de clareza na articulação da legislação comum e da legislação especial vá ser fonte de muitas divergências de interpretação, não só no que respeita à exclusão das pessoas colectivas públicas, mas também, entre outras, a propósito das fórmulas de imputação.

2. OS CRIMES IMPUTÁVEIS ÀS PESSOAS COLECTIVAS (Nº 2 DO ART. 11º DO CÓDIGO PENAL)

Gostaria de entender, mas francamente não entendo, qual foi o critério para a determinação dos crimes pelos quais as pessoas colectivas podem ser responsabilizadas criminalmente. Referimos já quais os crimes que o Código estabelece poderem ser imputados às pessoas colectivas, mas interrogamo-nos da razão de serem estes e não outros, v.g., aborto em estabelecimento não autorizado, homicídio e ofensas corporais por negligência, abuso de confiança, dano, etc. etc. Não sei responder; vou tentar perceber o legislador.

3. DO MODO DE IMPUTAÇÃO DOS FACTOS À PESSOA COLECTIVA

I. São vários os modelos de imputação discutidos pela doutrina e consagrados nas legislações. Resumindo e simplificando, há essencialmente dois modelos: o modelo vicarial e o da responsabilização directa. Há vários modelos intermédios, mas, por enquanto não importa referi-los.

O modelo vicarial é o que nos aparece consagrado no regime jurídico das Infrações anti-económicas e contra a saúde pública, no REGIT e na generalidade da legislação avulsa que consagra a responsabilidade das pessoas colectivas. Este modelo consiste na imputação às pessoas colectivas *dos crimes cometidos pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo*. O que é que dispõe agora o art. 11º do Código Penal? Dispõe que a imputação se faz quando os crimes forem cometidos: a) *Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança*; b) *Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem*. Parece tratar-se essencialmente do modelo de responsabilidade vicarial, mas formalmente diverso do consagrado na generalidade da legislação especial avulsa.

As soluções legais são formalmente diferentes, aparentemente mais ampla no Código Penal. Pode até suceder que, como efectivamente sucedia, as soluções legais não sejam materialmente diferentes – era já essa a minha interpretação, dando um sentido amplo ao conceito de representante e uma interpretação também muito ampla às posições de garantia na omissão impura. O que me parece perturbador nesta fase é a divergência formal que será naturalmente fonte de dificuldades e controvérsias de interpretação e conciliação, motivo para decisões divergentes e por isso perturbadoras e causa de mais recursos. Teria sido relativamente fácil atalhar à dificuldade; bastaria uma norma que simplesmente estabelecesse que o regime de imputação consagrado no

Código era aplicável subsidiariamente aos factos puníveis por legislação especial, embora com a ressalva da excepção das pessoas colectivas públicas, que de todo me parece despropositado.

II. Aproveitemos a focagem sobre os n.ºs 2 e 4 do art. 11.º para proceder à exegese das respectivas normas.

Começemos pelo n.º 4: entende-se que ocupam uma posição de liderança os *órgãos e representantes* da pessoa colectiva e *quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade*.

A imputação à pessoa colectiva pelos dos factos cometidos pelos órgãos e representantes era o padrão da nossa legislação anterior à última alteração do Código Penal. Discutia-se o conceito de representante, mas a tendência era para entender o âmbito do conceito nos parâmetros do Direito Civil, ou seja, sem especialidades no domínio penal. Assim também no que se refere aos órgãos da pessoa colectiva. A discussão incidia sobretudo sobre se se poderiam ou não considerar os administradores e representantes de facto e não apenas os de direito e a doutrina dominante, também a rara jurisprudência que conheço, era no sentido de considerar os órgãos e representantes de facto, desde que tolerados pelos órgãos de direito, devendo então ser equiparados a representantes.

O n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 28/84 dispõe que a qualidade de representante não depende da eficácia do acto jurídico fonte dos respectivos poderes, mas esta norma respeita imediatamente à responsabilidade dos próprios agentes pessoas físicas. Questão é se também acarretam a responsabilidade das pessoas colectivas, por força do disposto no art. 3.º daquele diploma. Alguns autores excluem a responsabilização, considerando que nestes casos a pessoa colectiva é sobretudo vítima, mas a solução mais generalizada é em favor da equiparação dos órgãos de facto aos órgãos de direito quando não haja oposição dos órgãos de direito.

O direito comunitário da concorrência equipara os actos dos órgãos de direito aos de quaisquer pessoas que actuem de facto em representação da empresa, independentemente da sua situação jurídica e essa é também a solução do direito inglês. É também essa a orientação na Alemanha, no âmbito da OWI (art. 9.º, al. 3). A justificação geralmente avançada para responsabilizar a pessoa colectiva pelos actos daqueles que actuam como seus órgãos de facto é a necessidade de evitar uma impunidade injustificada em proveito das sociedades cujos dirigentes de direito não são

senão «testas de ferro». Trata-se sempre, porém, de uma actuação consentida pelos “órgãos de direito” que como que delegam os seus poderes, aceitando a sua substituição. Mas a ser assim, os órgãos de facto ou titulares de facto dos órgãos da sociedade são antes representantes da sociedade, recebendo mandato tácito de quem de direito.

III. Deve ter-se em conta que o art. 3.º do Decreto-lei n.º 28/84 só responsabiliza as pessoas colectivas pelas infracções praticadas pelos seus órgãos, diferentemente do que sucede no art. 2.º do mesmo diploma em que basta que o agente actue *como* órgão, arrogando-se essa qualidade (agindo em nome da sociedade). Daqui se há-de concluir simplesmente que a relevância dos “órgãos de facto” não é necessariamente coincidente no âmbito dos arts. 2.º e 3.º daquele diploma, e bem se compreende que assim seja. É que no âmbito da actuação em nome de outrem, o agente individual responde por facto próprio e no âmbito da responsabilidade da pessoa colectiva trata-se de determinar quem pode praticar actos que lhe sejam juridicamente imputados e por isso que não seja relevante a exclusiva vontade do agente pessoa física, mesmo contra a vontade dos seus órgãos de direito.

Anote-se ainda que mesmo no âmbito da actuação em nome de outrem, o n.º 2 do art. 12.º do Código Penal e o n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 28/84 – aqui de forma ainda mais explícita – se referem apenas à ineficácia do acto jurídico fonte dos poderes de representação.

IV. Há autores que entendem que a questão dos órgãos de facto não tem interesse jurídico, sempre que uma verdadeira gestão de facto é conhecida e querida pelos órgãos de direito. Neste caso, os órgãos de direito são forçosamente cúmplices do dirigente de facto, por ajuda ou fornecimento dos meios, o que basta para responsabilizar criminalmente a pessoa colectiva em causa. Não nos parece que seja esta a solução da nossa lei.

Parece-nos mais acertado considerar que na situação considerada no parágrafo anterior o dirigente de facto pratica actos jurídicos e materiais, comportando-se como se tivesse o poder de representar a pessoa colectiva, de agir em nome dela, por isso que essa representação é conhecida e querida pelos seus órgãos. Assim sendo, ele é, para efeitos do direito penal, o representante da pessoa colectiva. A questão reside agora em

determinar se quem de facto actua como se fosse titular de direito do órgão pode ser considerado representante e em que condições obriga a pessoa colectiva.

Abreviando, parece-nos que para efeito de imputação à pessoa colectiva dos factos perpetrados pelo seu representante, o conceito de representante não se afasta do correspondente conceito no direito civil, sendo, pois, *sempre necessário que ocorram os elementos essenciais que caracterizam o instituto no direito civil*¹.

V. Mas agora, o Código Penal revisto, acrescenta a responsabilização das pessoas colectivas também pelos *actos daquelas pessoas que nelas tenham autoridade para exercer o controlo da sua actividade*. Não são nem os órgãos nem os representantes, são outras pessoas. Quem?

A nova redacção do art. 11º do Código Penal aproxima-se da utilizada pelo art. 13º do projecto do *Corpus Juris*² e arts. 5º e 6º da lei italiana sobre responsabilidade administrativa dos entes colectivos, com ou sem personalidade jurídica, emergente de crimes praticados no seu interesse ou em seu proveito por pessoa que neles exerçam funções de representação, administração ou direcção, de gestão e de controlo³.

Nos termos do nº 2 do art. 11º do Código Penal, a responsabilidade das pessoas colectivas pressupõe que os crimes sejam cometidos: *a) por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; b) por quem aja sob a autoridade das pessoas que nelas*

¹ Cf., no mesmo sentido, o voto de vencida da Conselheira Fernanda Palma no ac. do TC nº 395/2003 de que respigamos as seguinte passagem: «O problema (...) é, essencialmente, o de saber se, tendo o legislador previsto que “as pessoas colectivas e equiparadas são responsáveis pelos crimes (...) quando cometidos pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo”, será uma interpretação constitucionalmente legítima e não violadora do princípio da legalidade a que apresente como resultado a inclusão de agentes que não tenham a qualidade de representantes legais no conceito de representante de uma pessoa colectiva. Estaremos já perante uma equiparação analógica dos representantes de facto aos representantes compreendidos no sentido específico do referido preceito ou estaremos ainda a realizar uma interpretação permitida? A resposta que tal pergunta reclama de acordo com os princípios constitucionais aqui relevantes é, no meu entendimento, a primeira, por uma razão fundamental: a expressão “representante de pessoa colectiva” só abrange com precisão e determinabilidade as pessoas que são representantes legais de pessoas colectivas, não podendo o intérprete fundamentar, consistentemente, na expressão “representante de pessoa colectiva” a inclusão de quaisquer pessoas que ajam no interesse e em nome de uma pessoa colectiva ou, mesmo mais restritivamente, certas categorias de pessoas que ajam nessas condições. Ao dar esse passo, o intérprete estará a arrogar-se um papel que apenas cabe ao legislador democrático e a fomentar a insegurança nos destinatários do Direito sobre as condições em que uma actuação (neste caso, da pessoa colectiva em conexão com a de certas pessoas singulares) suscita responsabilidade penal».

² «Art. 13º – Responsabilité pénale du chef d’entreprise

1 – Au cas où l’une des infractions définies ci-dessus (art. 1 à 8) a été commise pour le compte de l’entreprise par une personne soumise à leur autorité, sont également responsables pénalement les chefs d’entreprise, ou toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d’une entreprise, qui, en connaissance de cause, ont donné des ordres, laissé commettre l’infraction ou omis d’exercer les contrôles nécessaires.»

³ É também a fórmula usada no art. 12º, nº 2.da Convenção do Conselho da Europa sobre Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001.

ocupem uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. O nº 4 do art. 11º do Código Penal esclarece o que se deve entender por posição de liderança: *os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.*

No que respeita aos órgãos e representantes não há qualquer especialidade relativamente à fórmula mais frequentemente consagrada e por isso não lhe dedicaremos agora espaço particular, mas importa analisar a parte final do nº 4 do art. 11º -- *quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade* – e a alínea b) do nº 2: *por quem aja sob a autoridade das pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.*

A parte final do nº 4 do art. 11º dispõe que se deve considerar posição de liderança para efeito de imputação dos seus actos à pessoa colectiva *quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.* Trata-se de pessoas a quem a administração da pessoa colectiva delega funções de autoridade, conferindo-lhe poderes de domínio sobre a actividade ou sector de actividade da pessoa colectiva. Estas pessoas não são titulares de órgãos, não são também representantes, em sentido estrito, mas têm delegação de poderes da autoridade da administração para em situações concretas decidirem em nome da pessoa colectiva ou recebem esse encargo directamente da lei. Trata-se, em regra, da prática de actos dirigidos por pessoas a quem a lei ou a administração confiam a sua direcção e controlo (v.g., o encarregado de uma linha de fabrico, o responsável por um estabelecimento, o revisor oficial de contas, etc.). Há neste caso também a incumbência da prática dos actos necessários à tutela dos bens jurídicos postos em perigo pela actividade da empresa e cuja responsabilidade pela sua prevenção a lei atribui à sua administração ou a pessoas que exerçam na empresa funções especiais determinadas.

VI. A fórmula empregue na al. b) do nº 2 visa a responsabilização das entidades colectivas quando os factos puderem ser imputados a qualquer pessoa que na empresa tenha o *poder de controlo*, seja ou não titular de órgão ou representante do ente colectivo, desde que o facto seja praticado em razão da omissão dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbe. Trata-se de responsabilizar o ente colectivo pela omissão de quem nela exerce *poderes de autoridade* e tem o dever de impedir que

sejam praticados factos criminosos, pessoas que têm por função a protecção de bens jurídicos que podem ser ofendidos com a actividade da empresa¹.

Esta via de imputação do crime à pessoa colectiva parece mais inspirar-se na ideia de culpa na organização da pessoa colectiva (deficiência da sua estrutura de controlo), embora sempre com referência a pessoas físicas que exerçam na empresa poderes de autoridade, mesmo não sendo seus órgãos e representantes. A *ratio* da norma parece ser a de que a responsabilidade do ente colectivo resulta da culpa dos titulares dos seus órgãos ou representantes (aqueles que formam a vontade do ente) ou de pessoas que na empresa tenham especiais funções e poderes de vigilância ou controlo, agora por omissão do correcto exercício dessas funções, e que revelam uma má estrutura da empresa.

4. PESSOAS QUE EXERÇAM FUNÇÕES DE LIDERANÇA NA PESSOA COLECTIVA NÃO AGINDO FUNCIONALMENTE; ACTOS FUNCIONAIS E ACTOS PESSOAIS

I. Pressuposto formal da imputação às sociedades é que a infracção seja cometida pelas pessoas físicas enquanto actuem na qualidade de seus órgãos, seus representantes ou no exercício de autoridade de controlo da sua actividade e, por isso, a responsabilidade penal da pessoa colectiva é excluída, mesmo se o facto for praticado no seu interesse, por pessoas físicas que não tenham aquelas qualidade ou autoridade.

Põe-se agora a questão de saber se a pessoa colectiva responde pelos actos dos seus órgãos ou representantes se tiverem agido para além das suas atribuições. A resposta é negativa, à semelhança, aliás, do que sucede no âmbito do direito civil e comercial².

A pessoa colectiva só fica vinculada enquanto o órgão actua no âmbito das suas funções, pois fora desse âmbito carece de poderes de vinculação, ou seja, a pessoa colectiva só é responsabilizada se o órgão, o representante ou pessoa com poderes de autoridade actuam no exercício de um poder funcional. Assim, se os presidentes da assembleia geral ou do conselho fiscal praticarem actos de gestão da sociedade não exercem o poder que os estatutos ou a lei da sociedade lhes atribui; não estão a actuar

¹ A fórmula empregue no *Corpus Juris* é a seguinte (art. 13º, 1.): «[...] ou toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise, qui, en connaissance de cause, ont donné des ordres, laissé commettre l'infraction ou omis d'exercer les contrôles nécessaires.»

² Art. 6.º, n.º 5, do CSC e arts. 500.º, n.º 2, e 998.º do CC. Cf. LIMA, Pires / VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, I, 4ªed., p. 509; CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial*, 2º vol., AAFDL, 1989, p. 277.

no âmbito das suas funções. Os actos de gestão não cabem na competência da assembleia geral nem do conselho fiscal, são da competência da administração.

A questão suscita, porém, dificuldades várias que importa dilucidar.

II. Uma das objecções clássicas à admissão da responsabilidade penal das pessoas colectivas é o da necessária licitude dos fins sociais da sociedade e por isso que os actos ilícitos praticados no seu seio, ainda que em seu nome e no seu interesse, não seriam actos da pessoa colectiva porque tais actos não caberiam no seu objecto social, sendo consequentemente imputáveis exclusivamente aos seus agentes físicos.

O argumento não procede e de tal modo assim é que é a lei a admitir expressamente a responsabilidade criminal dos entes colectivos, necessariamente por actos ilícitos penais, o que desde logo significa que lhe podem ser imputados actos contrários à lei. Isto não pode significar, porém, que quaisquer actos praticados pelos titulares dos órgãos ou representantes da pessoa colectiva, ainda que em nome e no interesse dela, a devam responsabilizar.

A lei não responsabiliza as pessoas colectivas por quaisquer actos praticados pelos titulares dos seus órgãos ou representantes. Com efeito, se todos os actos da pessoa colectiva são actos dos seus órgãos ou representantes, nem todos os actos das pessoas titulares dos órgãos ou que têm poderes de representação ou que possuam autoridade para exercer funções de controlo são actos da pessoa colectiva. Para além das condições materiais para a responsabilização, importa que as pessoas que ocupam posição de liderança actuem no âmbito das suas competências, ainda que agindo contra a lei.

III. Há que distinguir entre actos funcionais e actos pessoais dos titulares das pessoas que na pessoa colectiva ocupam posição de liderança.

São actos funcionais os que, embora ilícitos, sejam praticados durante o exercício das funções do seu autor e por *causa* desse exercício. São pessoais os que forem praticados fora do exercício das funções do seu autor ou que, mesmo praticados durante tal exercício e por ocasião dele, não foram todavia praticados por causa desse exercício. Pelas acções e omissões alheias ao exercício das funções, os respectivos agentes respondem eles próprios, mas não envolvem a responsabilidade do ente colectivo, importando, por isso, delimitar objectivamente as funções do autor do facto ilícito e verificar se ele o praticou no exercício de tais funções e por causa desse exercício.

Em que casos se pode dizer, de uma maneira geral, que um órgão ou um agente se comportam, na prática de um facto ilícito, dentro dos limites das suas funções ou, pelo contrário, excedendo esses limites? É necessário que exista uma relação de conexão entre o exercício das funções por parte dos titulares dos órgãos ou do representante e o facto criminoso para que haja responsabilidade por parte da sociedade. Requer-se desde logo que o acto caiba no âmbito do escopo funcional.

Para que a vontade manifestada por um indivíduo possa ser considerada decisão do órgão de certa sociedade é preciso que esse indivíduo seja antes de mais titular do órgão; que proceda nos termos legal ou estatutariamente estabelecidos quanto ao funcionamento desse órgão (o que tem particular importância para os órgãos colegiais, cujos titulares só podem exercer as respectivas funções em reunião convocada e conduzida nos termos legais); que a decisão se mantenha dentro da especialidade da sociedade, isto é, de harmonia com os respectivos fins sociais ou atribuições e caiba nos poderes do órgão, isto é, na sua competência.

O acto será imputável à pessoa colectiva se dimanar de um órgão no exercício regular das funções, se couber dentro da competência deste e não exorbitar das atribuições ou fins da pessoa colectiva. Pode no seu conteúdo haver então qualquer divergência da lei, mas essa violação de lei, afectando de ilegalidade o acto, não impede que ele seja imputável à pessoa colectiva e envolva a responsabilidade desta. Se, porém, os titulares do órgão procederem sem observância das formalidades que a lei prescreve para o exercício das funções, ou sobre matéria estranha às atribuições da pessoa colectiva, ou fora da competência do órgão, então eles agiram de modo tal que a vontade manifestada não pode ser imputada à pessoa colectiva.

Entendemos como inteiramente aplicável também no domínio da responsabilidade criminal das sociedades o ensinamento de Manuel de Andrade a propósito da responsabilidade civil extracontratual¹: «será mister *que o órgão ou agente tenha procedido em tal veste ou qualidade*; que tenha actuado ao gestionar os negócios da pessoa colectiva, na medida em que estejam a seu cargo; que, mais precisamente, tenha praticado o facto ilícito *no desempenho das suas funções* – dos “serviços” que lhe estão confiados, das suas obrigações ou “atribuições” – *e por causa dessas mesmas funções*, que não apenas por ocasião delas». E ainda, segundo o mesmo autor, é necessário que o nexó do facto ilícito com as funções do órgão ou agente seja directo, interno, causal, não bastando uma simples relação indirecta, externa, puramente

¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 1960, pp. 150-152.

ocasional. No fim de contas, parece que tudo se reconduz a esta ideia fundamental: *há-de tratar-se dum acto próprio das funções do órgão ou agente – posto que realizado ilicitamente*¹.

Aproveitando ainda a lição de Manuel de Andrade, também nos parece que para o facto ilícito se considerar praticado no exercício das funções do órgão ou agente basta que se integre no *quadro geral* da respectiva competência – como que na ordem global dos negócios que lhe estão confiados. De outra maneira ficaria praticamente excluída – ou pouco menos – a responsabilidade das pessoas colectivas, pois todo o facto ilícito envolve, num certo sentido, uma extra limitação daquela competência².

IV. O que anteriormente dissemos para os órgãos vale para os representantes e outras pessoas que exerçam funções de controlo da actividade da pessoa colectiva. Importa é atender aos poderes dessas pessoas. Do mesmo modo que para os titulares dos órgãos se exige uma conexão adequada entre as suas atribuições e o facto ilícito praticado, também essa conexão deve existir em caso da representação legal ou voluntária, à semelhança do que se exige para a responsabilidade civil, e nos demais casos de exercício de poderes de autoridade.

5. A PERPETRAÇÃO DAS INFRAÇÕES POR QUEM NA PESSOA COLECTIVA EXERÇA FUNÇÕES DE LIDERANÇA.

I. Para que a pessoa colectiva seja penalmente responsável é necessário que o crime seja perpetrado pelos seus órgãos, ou seja, pelos titulares do órgão agindo como órgão, ou pelos seus representantes, ou por pessoas que na nela tenham autoridade para exercer o controlo da sua actividade. Evidentemente que isso não significa que os titulares dos órgãos e as demais pessoas que podem responsabilizar a pessoa colectiva tenham de ser os executores materiais do crime, significa que a responsabilidade da sociedade pressupõe que o crime lhes seja objectivamente imputado.

Mas a questão mais relevante é a de saber se e em que termos a actuação do órgão, ainda que actuando em nome e no interesse da sociedade, é imputada à

¹ *Ibidem*, p. 152.

² *Ibidem*. Manuel de Andrade interroga-se ainda sobre se «a pessoa colectiva responderá também quando o facto ilícito, sendo formalmente um acto das funções do órgão, todavia foi praticado em vista duma finalidade estranha a essas funções – *maxime* para satisfazer um interesse próprio do seu autor» -- *ibidem*, p. 153. A lei penal portuguesa dá resposta directa a esta questão, exigindo que as infracções sejam cometidas em nome e no interesse colectivo.

sociedade. Tratando-se de órgão singular ou colectivo não se oferecem dificuldades, mas já não é assim se se tratar de órgão colegial.

II. Tenha-se ainda em conta que a imputação do crime aos titulares do órgão, (agindo como órgão, insista-se) ou representantes pode ser feita a título de acção ou omissão própria ou imprópria, neste caso quando sobre eles recaia o dever de garante da não produção do resultado. Com muita frequência será a título de omissão imprópria que o crime é imputado aos administradores ou representantes.

Quando a lei dispõe no art. 11 que as pessoas colectivas são responsáveis pelas infracções *cometidas* por pessoas que nelas ocupem posição de liderança, abrange tanto a acção como a omissão.

III. Parece-nos que o art. 11º do Código Penal alarga a responsabilidade das pessoas que ocupem uma posição de liderança, relativamente ao disposto noutras leis especiais, nomeadamente o DL 28/84, ao estabelecer que as pessoas colectivas e entidades equiparadas respondem criminalmente também pelos *crimes cometidos por quem aja sob a autoridade das pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem*. Vai-se mais além da equiparação da omissão imprópria à acção, nos termos do art. 10º do Código Penal, porque agora a responsabilidade pela omissão das pessoas que ocupem a posição de liderança alarga-se aos crimes puramente formais praticados por subordinados quando esses crimes puderem ser atribuídos à falta de vigilância ou de controlo da pessoa que ocupa a posição de liderança.

Importa anotar que em qualquer caso o facto tem de ser atribuído num primeiro momento a quem tem poderes para vincular a pessoa colectiva, ou seja, que nela ocupem uma posição de liderança, seja o facto praticado por acção ou omissão, própria ou imprópria. Por isso que seja sempre necessário imputar objectivamente o facto a pessoas que ocupem uma posição de liderança na pessoa colectiva.

IV. As questões que a alínea b) do nº 2 do art. 11º do Código Penal suscitam não se esgotam nas observações anteriores. Vejamos só mais uma.

O facto cometido «por quem aja sob a autoridade (...)» pode ser-lhe imputado a título de dolo ou de mera negligência. A omissão de vigilância ou controlo pode também ser imputada às pessoas que ocupem uma posição de liderança a título de dolo

ou de negligência. E como será o facto imputado à pessoa colectiva? Parece-nos que, em princípio, pelo mesmo título que for imputado à pessoa que violou os deveres de vigilância ou controlo, ou antes, há-de ser na base da actuação desta pessoa que se construirá a imputação subjectiva à pessoa colectiva. É a omissão por parte da pessoa que exerce funções de liderança que legitima a imputação do facto à pessoa colectiva e, por isso, há-de ser a partir do seu comportamento que se há-de proceder à imputação à pessoa colectiva.

6. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DAS SOCIEDADES POR ACTUAÇÃO DOS SEUS ÓRGÃOS OU REPRESENTANTES CONTRA ORDENS OU INSTRUÇÕES EXPRESSAS DE QUEM DE DIREITO.

I. O n.º 6 do art. 11º do Código Penal, à semelhança do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84 e o n.º 2 do art.º 7.º do RGIT, dispõe que a responsabilidade da pessoa colectiva é excluída quando *o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.*

Pode efectivamente suceder que o agente aja, actuando ou omitindo, contrariando ordens ou instruções dos legítimos órgãos da pessoa colectiva com poderes de limitar o âmbito funcional daquele. Note-se que o n.º 6 do art. 11º, como também o n.º 2 do art. 3.º do DL 28/84, se refere à exclusão da responsabilidade das pessoa colectiva, responsabilidade que pressupõe infracções cometidas pelos seus órgãos ou representantes e, por isso, se refere também à actuação daqueles órgãos ou representantes.

Os órgãos podem ser singulares e de composição plural, sendo então colegiais ou colectivos. Podem ainda ser independentes ou dependentes¹. Pois bem pode suceder que o órgão que actua, sendo órgão colectivo, o faça contra a decisão expressa da maioria e sendo representante de órgão colegial o faça contrariando a vontade expressa do órgão a quem cumpre definir a vontade da pessoa colectiva. Pode ainda suceder que o órgão dependente actue contra decisão expressa do órgão de que depende.

Nos casos referidos, a actuação do agente, órgão ou representante, não corresponde à vontade da pessoa colectiva e por isso que esse acto não lhe possa ser

¹ Os órgãos independentes são os que podem, só por si, praticar actos em nome da sociedade. Outros órgãos, pelo menos em certas circunstâncias, apenas têm poderes para preparar ou executar deliberações alheias ou para tomar decisões (ou deliberações) dependentes de autorização (prévia) ou aprovação (posterior) de outro(s) órgão(s). São os chamados órgãos dependentes. Quando um órgão tem o dever de cumprir ordens ou instruções de outro órgão, fala-se de dependência ou subordinação hierárquica. Um mesmo órgão pode ter poderes ou competência independente, em certos domínios (para a prática de certos tipos de actos), e ter poderes ou competência dependente, noutros domínios. Cf. CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial*, 2º vol., p. 281.

imputado. Haverá então responsabilidade da pessoa física mas não da pessoa colectiva, pois que embora a pessoa física actue na qualidade de órgão ou de representante e ainda que no interesse da pessoa colectiva não age em conformidade com a vontade da pessoa colectiva expressa por quem de direito.

A lei refere as ordens ou instruções de *quem de direito*. Esta expressão – quem de direito – deve ser entendida como abarcando apenas os órgãos competentes da pessoa colectiva para expressar a sua vontade de acordo com a lei e os respectivos estatutos.

II. A responsabilidade da pessoa colectiva é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções *expressas*. Suscitam-se a propósito várias questões: quanto ao agente, quanto à natureza ou estrutura das ordens ou instruções e quanto à forma.

No que respeita ao agente – o n.º 6 do art. 11.º refere-se ao agente do crime – a questão respeita à identificação deste agente. Refere-se a lei à pessoa que ocupa posição de liderança ou a qualquer agente do crime? Para responsabilizar a pessoa colectiva, o crime tem de ser cometido por uma pessoa que ocupe posição de liderança e por isso que o agente referido no n.º 6 do art. 11.º há-de ser também pessoa com essa qualidade, pois se a não tiver não se põe a questão da responsabilização da pessoa colectiva, sem prejuízo da responsabilidade do agente.

Uma nota ainda mais. A alínea *b)* responsabiliza também a pessoa colectiva pelos crimes cometidos «por quem aja sob a autoridade das pessoas que nela exercem funções de liderança em virtude da violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. O facto é perpetrado pelo subordinado, pela pessoa sujeita a vigilância ou controlo, mas para responsabilizar a pessoa colectiva importa é apurar se houve ou não violação daqueles deveres de vigilância ou controlo e se essa violação contrariou ou não ordens ou instruções expressas de quem de direito.

Quanto à natureza das ordens ou instruções, o agente deve actuar *contra* ordens ou instruções *expressas*¹. Não importa a forma, mas é necessário que o agente conheça a ordem ou instrução dada por quem de direito e que elas sejam concretas, que representem um comando e não uma mera sugestão ou recomendação e que esse comando seja perfeitamente perceptível pelo destinatário.

¹ A “ordem” distingue-se da “instrução” porque a ordem é mais concreta, consiste em dizer a uma pessoa o que tem de fazer numa situação concreta, enquanto a instrução é mais genérica e significa a transmissão de conhecimentos ou informações de como agir em situações concretas. Para o efeito da exclusão da responsabilidade da pessoa colectiva é indiferente tratar-se de ordem ou de instrução, importando apenas que uma e outra sejam expressas.

O Decreto-Lei nº 41204, diploma que em matéria de crimes económicos precedeu o Decreto-Lei nº 28/84, estabelecia no seu art. 2º a presunção *iuris tantum* de que aqueles que actuavam em nome e por conta de outrem procediam em virtude de instruções recebidas das pessoas que tinham na empresa o poder de manifestar a vontade da pessoa colectiva (os administradores). Esta presunção foi afastada da lei tendo em conta que incumbe à administrador organizar e dirigir a actividade da pessoa colectiva e, por isso, que o que nela se passa é, em princípio, da responsabilidade da sua administração que deve organizar a actividade da pessoa colectiva para que os seus colaboradores não cometam crimes na prossecução do interesse colectivo, criando mecanismos de prevenção, nomeadamente através de ordens e instruções concretas sobre o modo de actuar para evitar a prática de actos ilícitos. Só se o agente age contra as ordens ou instruções concretas e expressas é que é afastada a responsabilidade da pessoa colectiva¹.

7. A RESPONSABILIDADE CUMULATIVA E A AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES E DA PESSOA COLECTIVA

I. O nº 7 do art. 11º trata da questão já muito discutida da chamada responsabilidade cumulativa ou concorrente dos agentes do crime e da pessoa colectiva.

A responsabilização criminal das sociedades e outras pessoas colectivas e equiparadas é frequentemente justificada pela doutrina em razão das insuperáveis dificuldades que, na prática, engendra a imputação a uma pessoa singular da infracção cometida por uma pessoa colectiva², particularmente quando se trata de uma grande empresa. É que sucede frequentemente que os factos praticados no seio da pessoa colectiva não são claramente imputáveis a alguma pessoa física em particular³ e, em muitas circunstâncias a responsabilidade civil não é suficiente para prevenir a lesão dos bens jurídicos, como sucede, por exemplo, com os bens ecológicos e por isso a responsabilização criminal constituiria o meio de defesa social mais eficaz.

O sistema jurídico português exclui a imputação de factos à pessoa jurídica, não sendo possível imputar a infracção a quem na pessoa colectiva ocupe uma posição de

¹ Neste contexto parece menos exigente a norma da alínea b) do nº 2 do art. 11º do projecto de revisão do Código Penal, dado parecer exigir a prova de que se verifica «a violação dos deveres de vigilância ou controlo» quando o acto ilícito seja praticado por agente que aja sob a autoridade das pessoas que na empresa têm autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

² Cf. o art. 5º do Código Penal belga, o art. 102º, nº 1, do Código Penal suíço e o Decreto Legislativo italiano nº 231/2001, de 8 de Junho de 2001.

³ A Recomendação R 18 do Conselho da Europa de 1988 sugere que a responsabilidade da empresa possa ser estabelecida mesmo se não for possível identificar a pessoa física que praticou ou omitiu os factos constitutivos da infracção.

liderança. A lei exige expressamente que os crimes sejam cometidos por pessoas que ocupem posição de liderança na pessoa colectiva ou por pessoa que aja sob a autoridade daquelas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem e, por isso, se não for possível imputar o crime a um órgão, a um representante ou a pessoa que tenha autoridade para exercer o controlo da actividade da pessoa colectiva falta um pressuposto essencial para a imputação.

Importa, porém, considerar os casos em que o tribunal pode comprovar que o acto foi praticado por um órgão, representante ou pessoa com autoridade para exercer o controlo, sem o que não poderia ocorrer nos termos concretos que foram realizados, mas não seja possível individualizar de entre aqueles quem foi o agente do acto. Cremos que esta dificuldade não impede a responsabilização da pessoa colectiva, desde que seja possível decidir que o acto só podia ter sido praticado em razão da actuação, mediata ou imediata, por acção ou por omissão culposas de um órgão, representante ou pessoa com autoridade para exercer o controlo¹. É o que pensamos ser o sentido útil da parte final do n° 7 do art. 11°.

Pode ainda acrescer que no caso concreto ocorram causas de exculpação da pessoa colectiva ou dos agentes individuais que não sejam comunicáveis. Também estas situações parecem abrangidas pela parte final do n° 7 do art. 11°.

II. O facto de a infracção ser cometida por conta de um terceiro nunca foi, no domínio do direito penal, uma causa de irresponsabilidade do seu agente; assim também no domínio dos ilícitos em que é admitida a responsabilidade das pessoas colectivas e entes equiparados..

A vontade do órgão ou do representante da pessoa jurídica não só é uma vontade paralela, mas é também, em parte, a vontade do titular do órgão, que é pressuposto e elemento da vontade da pessoa jurídica. Existe, pois, uma dupla culpabilidade.

Atente-se que a lei se refere, no n° 7 do art. 11°, como também se refere no artigo 3° do Decreto-Lei n° 28/84, à responsabilidade individual dos respectivos agentes. A lei não dispõe que a responsabilidade seja necessariamente cumulativa, ressalva-a simplesmente, no sentido de a não excluir. Por isso que pode ocorrer a responsabilidade concorrente, mas não necessariamente e não em dois sentidos:

- a) Pode existir responsabilidade do agente individual sem responsabilidade do ente colectivo; e

¹ É a orientação da doutrina e jurisprudência francesa PRADEL, Jean, *Droit Pénal Général*, 14ª ed., Paris, 2002, p. 483) e a solução legislativa dos Códigos belga, suíço e da lei italiana.

- b) Pode existir responsabilidade do ente colectivo sem responsabilidade de agente individual, o que sucede na hipótese de órgão plural em que algum dos membros actue sem culpa, nomeadamente por erro excludente da culpa.

O que parece e é conforme à dogmática penal é que a lei exige a culpa da própria pessoa colectiva como pressuposto da sua responsabilização, do mesmo modo que exige a culpa do agente singular para a sua própria. Como se constrói a culpa própria da pessoa colectiva é que constitui o cabo das tormentas, as é questão que referiremos adiante. De qualquer modo importa desde já insistir em que não há responsabilidade penal sem culpa própria e, por isso, quer a pessoa física, quer a pessoa colectiva só responderão pela própria culpa. Podem ou não responder cumulativamente, mas sempre por culpa própria.

8. BREVES NOTAS SOBRE OS N.ºS 8 E 9 DO ART. 11.º DO CP

I. Muito brevemente algumas notas soltas sobre os n.ºs 8 a 11 do art. 11.º.

O art. 8.º suscita-me duas questões: uma relativamente à alínea *b)* e outra relativamente à extinção da pessoa colectiva.

No que se refere à alínea *b)*. Tratando-se de cisão da pessoa colectiva responsável pelo crime, todas as pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultem da cisão respondem pela prática do crime? Parece que é essa a solução legal. Mas respondem na mesma medida, ou seja, a pena que seria aplicável à pessoa colectiva cindida é aplicável nos mesmos termos a todas as pessoas colectivas que resultaram da cisão? A mesma multa, a dissolução de todas, iguais penas acessórias? Admito que todas respondam cumulativamente, mas que a pena seja graduada em função das características de cada uma para que a pena seja adequada à realidade colectiva de cada uma das entidades que resultaram da cisão. Assim, embora a pena aplicável seja a mesma para todas as entidades que resultaram da cisão, há-de ser graduada em atenção à realidade concreta de cada uma.

A segunda questão respeita à extinção da pessoa colectiva. O art. 127.º, n.º 2, dá a resposta: no caso de extinção de pessoa colectiva, o respectivo património responde pelas multas e indemnizações em que aquela for condenada. Naturalmente que vão ocorrer muitas dificuldades de ordem prática se o património já tiver sido distribuído a quem de direito, mas não tenho tempo para considerar a questão. Penso que há lugar a reversão, à reposição do património recebido da liquidação.

II. O nº 9, ao que penso, trata da responsabilidade civil subsidiária das pessoas que ocupem uma posição de liderança pelas multas e indemnizações da responsabilidade da pessoa colectiva. Mas as normas do nº 9 têm de ser interpretadas com muito cuidado, pois não basta que as pessoas ocupem posições de liderança para responderem subsidiariamente. Nas hipóteses das alíneas *b)* e *c)* é necessário que a insuficiência do património ou a falta do pagamento lhes seja imputável, a cada um. No caso da alínea *a)* é necessário que a pessoa, em razão da posição que ocupava, pudesse legalmente opor-se à prática do crime.

Mas não menos importante é acentuar que, ao que me parece, a disciplina do nº 9 nada tem a ver com a responsabilidade civil emergente do crime, porque essa é da responsabilidade do respectivo agente, solidária entre os agentes individuais e a pessoa colectiva, por força do que dispõe o Código Civil.

Uma breve nota. Normas do teor do nº 9 têm suscitado decisões contraditórias e frequentemente injustas. Já se tem entendido, nomeadamente no domínio do REGIT, que a norma correspondente afasta a responsabilidade civil emergente do crime, ou seja, que a responsabilidade pelo pagamento do imposto frustrado com a prática do crime é da responsabilidade da pessoa colectiva e não do agente pessoa singular, o que nos parece errado. A norma do nº 9 trata exclusivamente da responsabilidade civil por facto de outrem, não porque a pessoa física responsável subsidiariamente tenha também participado no facto criminoso, mas por ser causa do não pagamento das obrigações da responsabilidade da pessoa colectiva. Situação diversa é a responsabilidade civil emergente do crime que esta responsabiliza todos os seus agentes, seja qual for o título por que respondem. De qualquer modo a norma parece excessiva na medida em que a pessoa singular não só responde pelas multas e indemnizações que lhe sejam aplicadas mercê da sua própria responsabilidade como suporta ainda as consequências civis da punição da pessoa colectiva. Parece-nos uma exasperação injustificada da responsabilização.

III. É a lei civil que determina quem responde pelos danos emergentes de crime e os arts. 483.º e 490.º do Código Civil dispõem que os responsáveis são os agentes do acto ilícito, quer actuem como *autores*, *instigadores* ou *auxiliares* do acto ilícito. A responsabilidade é solidária, nos termos do disposto no art. 497.º do CC. Os arts. 483.º e 490.º referem-se aos responsáveis como sendo os autores, os instigadores e os

auxiliares, terminologia que corresponde à de autores, instigadores e cúmplices do Código Penal.

Vimos que em áreas específicas do direito penal a pessoa colectiva responde criminalmente pelo facto do órgão e do representante como acto seu, mas que isso não impede que o titular do órgão e o representante sejam também responsáveis criminalmente pelos próprios actos . Passar-se-ão as coisas no domínio da responsabilidade civil do mesmo jeito?

A doutrina, ainda que por vias diferentes, vai também nesse sentido, ora considerando aplicável o art. 165.º, que remete para o art. 500.º, ambos do Código Civil¹, mas também para os autores que entendem que não é aplicável o art. 165.º, porque este não se refere aos titulares dos órgãos², a solução não é substancialmente diversa. Pelos factos ilícitos praticados pelos órgãos da pessoa colectiva são responsáveis civilmente a própria pessoa colectiva e o titular do órgão que seja agente do crime³.

Quando sejam vários os titulares do órgão, é solidária a sua responsabilidade, nos termos do art. 497.º, n.º 1, do Código Civil e 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, mas a responsabilidade não cabe aos titulares dos órgãos que não tenham participado no acto⁴ ou tenham manifestado a sua discordância relativamente a ele (cf. art. 164.º, n.º 2, do CC e art. 72.º, n.ºs 3 e 4, do CSC.)

IV. Em se tratando de responsabilidade criminal cumulativa, a regra é ainda a do art. 497.º do Código Civil na medida em que a sociedade e entidades equiparadas são consideradas pela lei como responsáveis pelo crime cumulativamente com os seus órgãos ou representantes.

A responsabilidade cumulativa não é o mesmo que responsabilidade por comparticipação e por isso que se poderia eventualmente entender que a sociedade não é autora, instigadora ou auxiliar do acto ilícito, mas não é assim.

A responsabilidade das pessoas colectivas não é um caso de responsabilidade por facto de outrem, é de responsabilidade por facto próprio, quer no domínio penal quer no domínio civil. Acresce que em muitos domínios temos lei expressa, como sucede com

¹ FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, (3ª ed.), pp. 613 ss.

² ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, p. 248.

³ FERNANDES, Luís Carvalho, *ob. cit.*, p. 615.

⁴ Tenha-se em atenção que a não participação não abrange a responsabilidade por omissão, pois neste caso a responsabilidade resulta da própria omissão.

as normas do nº 3 do art. 2º e nº 3 do art. 3º do Decreto-Lei nº 28/84 e disposições análogas de outros diplomas.

O nº 3 do art. 2º do Decreto-Lei nº 28/84 dispõe que as pessoas colectivas «respondem solidariamente, nos termos da lei civil, pelo pagamento das [...] indemnizações e outras prestações em que forem condenados os agentes das infracções previstas no presente diploma, nos termos do número anterior». Por sua vez, o nº 3 do art. 3º manda aplicar, aos respectivos agentes, a norma do nº 3 do art. 2º, ou seja, os agentes pessoas singulares respondem também solidariamente pelo pagamento das multas, coimas, indemnizações e outras prestações em que forem condenadas as pessoas colectivas em razão do crime daqueles agentes.

Não há nada de inovador relativamente à regulamentação constante da lei civil no que respeita à responsabilidade civil dos agentes do facto criminoso. As normas referidas não são senão a aplicação no âmbito penal da norma constante do artigo 497º do Código Civil.

9. PRESSUPOSTOS MATERIAIS DA IMPUTAÇÃO: O FACTO E A CULPA DA PESSOA COLECTIVA

Deixei muito de propósito para o fim a problemática da culpa. É fácil de perceber a razão: é o tema mais árduo, mais difícil desta matéria. Não me é possível analisar aqui de espaço toda a problemática da culpa, pelo que vou de modo abreviado dizer qual o meu pensamento sobre o assunto.

9.1. Considerações gerais

I. Vimos já, que os actos dos órgãos e dos representantes têm de ser funcionais e não pessoais e nessa medida são sempre factos praticados em *nome da pessoa colectiva*. No caso dos órgãos é a própria pessoa colectiva que actua e os órgãos declaram a vontade da pessoa colectiva, diversamente na representação em que o que se imputa à pessoa colectiva é uma acção do representante, mas sempre acção praticada em nome do representado e por isso que a lei a considera como sendo da própria pessoa colectiva.

A lei exige ainda que os actos dos órgãos e dos representantes sejam cometidos no *interesse* da pessoa colectiva. Veremos que o conceito de interesse não é pacífico, mas entendemos que o que se pretende aqui é que o acto não seja praticado em benefício do

agente ou de terceiros alheios à pessoa colectiva, ou seja, que o acto seja praticado em razão da prossecução dos fins sociais da pessoa colectiva. A mesma fórmula era utilizada no anteprojecto do Código Penal francês de 1978, mas foi substituída por outra mais elíptica – “*pour leur compte*” – procurando evitar as dificuldades que suscitava a sua interpretação, embora muitas das dificuldades anteriormente assinaladas se mantenham¹.

II. Deve atender-se a que ser o facto praticado em nome e no interesse colectivo não é elemento constitutivo do tipo de crime, mas condição da imputação, contrariamente ao que sucede nas alíneas *b*) do n.º 1 do art. 12.º do Código Penal e *b*) do n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 28/84. Nestas disposições legais tem-se em conta os casos em que o tipo de crime exige determinados elementos pessoais (crime próprio) ou que o agente pratique o facto no seu próprio interesse, sendo, pois, qualquer destes requisitos elementos constitutivos do crime. Não é assim no art. 11.º do Código Penal e disposições análogas em que o ser o facto praticado em nome da pessoa colectiva e no seu interesse são condições *sine qua non* da imputação do crime à pessoa colectiva, mas não requisito ou elemento do tipo legal de crime.

A lei portuguesa não se basta com que a infracção seja praticada pelo órgão ou representante da pessoa colectiva, ou na terminologia do Código pelas pessoa que nela ocupa uma posição de liderança, exige ainda que o facto seja praticado em nome e no interesse dela. Esta exigência como que delimita negativamente os casos em que a vontade do órgão, do representante ou demais pessoas que exercem funções de liderança não se confunde necessariamente com a vontade própria da pessoa colectiva. Assim, a legislação reconhece e aplica a teoria da vontade própria da pessoa colectiva dirigida para o cometimento do acto criminoso, criando critérios subjectivos e objectivos para a sua aferição.

Com efeito, ao incluir entre as condições para a imputação à pessoa colectiva aquelas que exigem decorrer a infracção de decisão de pessoa que nela exerça uma posição de liderança, actuando funcionalmente, e de que esta decisão ou o acto delituoso prossigam a realização do interesse colectivo, reconheceu, ao mesmo tempo, a capacidade de opção da pessoa jurídica e a existência de motivação em seus actos,

¹ O art. 5.º do Código Penal belga refere-se às *infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte* e a doutrina entende que *intrinsèquement* se opõe a *occasionnellement*-cf. Françoise Roggen, «*La responsabilité pénale des personnes morales*», p. 14.

exigindo simultaneamente o atendimento de requisitos formais e materiais para a averiguação do conteúdo volitivo do acto praticado¹. A prossecução do interesse colectivo é o móbil do crime².

III. Não há crime nem responsabilidade penal sem culpa como nenhuma pessoa pode ser responsável pela culpa de outra. Assim sendo, a responsabilidade das pessoas colectivas há-de sê-lo por facto e culpa própria e não por facto e culpa de outra pessoa. Para responsabilizar criminalmente a pessoa colectiva é, pois, necessário que possa atribuir-se-lhe a culpa pelo facto típico penal que objectivamente lhe é imputado. É necessário reter a ideia de que a pessoa colectiva possui uma vontade própria e que a sua responsabilização penal necessita da verificação da sua própria culpa, não bastando a culpa de terceiro, como sucede na responsabilidade civil extracontratual, nos termos do disposto nos arts. 500º e 998º do Código Civil.

IV. Para que o facto ilícito típico seja imputado à pessoa colectiva é mister que seja praticado em seu nome e no seu interesse. Neste domínio o Código Penal não inova relativamente à legislação especial anterior e por isso não vamos analisar estes dois elementos da imputação porque o tempo para esta comunicação não o permite. Vamos directamente referir algumas questões sobre a culpa da pessoa colectiva.

9.2. A problemática da culpabilidade

I. São diversas as teorias sobre a culpa das pessoas colectivas: Não cabe agora examiná-las, mas apenas tentar interpretar a lei portuguesa em ordem a verificar qual a solução que o nosso sistema jurídico acolheu.

Numa primeira aproximação para a atribuição da responsabilidade penal às pessoas colectivas parece bastar que o facto criminoso seja praticado em nome e no interesse da pessoa colectiva por quem nela ocupe uma posição de liderança. O art. 11.º do Código Penal parece assentar a responsabilidade da pessoa colectiva na acção e culpa das pessoas físicas que, ocupando uma posição de liderança, agem em nome dela,

¹ Diversamente da pessoa natural cuja vontade não tem limites e que pode desenvolver a sua actividade no interesse próprio ou de terceiros e mesmo em seu próprio prejuízo, a pessoa colectiva só é admitida pelo Direito para a prossecução do seu objecto e por isso que a sua vontade juridicamente relevante é apenas aquela que se dirige à realização desse objecto, por meios legais ou ilegais, mas sempre dirigida ao seu objecto. Fora do seu objecto não é a pessoa colectiva que actua, ou doutra forma, os actos praticados pelos seus órgãos ou representantes não lhe são imputados.

² O móbil do crime é uma noção da criminologia e não um elemento constitutivo de todos os crimes ou da imputação, funcionando como revelador da vontade própria da sociedade.

partindo da ideia de que essas pessoas físicas não são distintas da sociedade pelo que ao agirem é a própria pessoa colectiva que age¹. Como já antes referimos, a prossecução do interesse da pessoa colectiva não é elemento constitutivo do crime que lhe é imputado, *mas razão da imputação*; constitui o móbil do crime na perspectiva da sociedade e por isso revela a sua própria vontade de o cometer.

Ora, a partir do pressuposto que as infracções são cometidas pelas pessoas que na pessoa colectiva ocupem uma posição de liderança, parece que a responsabilidade da pessoa colectiva é dependente da destas pessoas, ou seja, parece ser condição necessária da responsabilidade das pessoas colectivas que os titulares dos seus órgãos, os seus representantes ou outras pessoas que nela tiverem autoridade para exercer o controlo da sua actividade tenham praticado um crime. Não parece de exigir que essas pessoas físicas sejam efectivamente condenados, mas, numa interpretação literal do texto, é necessário que pelo menos seja apurada a culpa dessas pessoas físicas que actuam em nome e no interesse da pessoa colectiva. *A contrario*, se a pessoa que ocupa a posição de liderança dever ser declarada sem culpa, a pessoa colectiva beneficiará também da exoneração da responsabilidade.

Mas a culpa da pessoa colectiva não se confunde necessariamente com a da pessoa ou pessoas físicas que nela ocupam uma posição de liderança, isto é, se a culpa das pessoas físicas é condição necessária não é condição suficiente para a imputação subjectiva do facto ilícito à pessoa colectiva; é ainda necessário que o crime daquela pessoa física tenha sido perpetrado em *nome* e no *interesse* da sociedade. É esta exigência que acresce à culpa da pessoa física que precisamente marca a natureza da responsabilidade própria da sociedade. Mas não só.

Como ensina Oliveira Ascensão, tem de passar-se sempre pela problemática da formação da vontade da pessoa colectiva, sendo a lei e os estatutos que definem as condições de formação dessa vontade juridicamente relevante².

II. Parece-nos que para que haja vontade penalmente culpável da pessoa colectiva a nossa lei exige que o acto seja da pessoa que nela ocupa uma posição de liderança, o que pressupõe a vontade culpável dessa pessoa física, mas acresce-lhe a

¹ COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 557: «só pelo «outro» (órgão ou representante) -- que é também elemento estrutural da sua natureza construída -- a pessoa colectiva ascende à discursividade juridico-penalmente relevante».

² ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, 2ª ed., Coimbra, 2000, p. 272.

exigência de actuação em nome da pessoa colectiva e a prossecução do interesse colectivo como condição *sine qua non* para que a vontade das pessoas físicas seja normativamente atribuída à pessoa colectiva e que a vontade desta seja formada nos termos legalmente prescritos.

Assim, tratando-se de um órgão de composição plural, não basta atender às maiorias determinadas por lei. Se assim fosse estaríamos perante uma responsabilidade simplesmente objectiva, o que o direito penal repudia. É ainda necessário saber quais os conhecimentos, intenções e outros estados de espírito que terão sido determinantes e devem relevar para efeitos jurídicos. Mesmo quando o órgão é singular o problema se suscita. Na realidade, o conhecimento ou intenção do agente é apenas um dos elementos a ter em conta. A “vontade” da pessoa colectiva é sempre construída normativamente. Não é nenhuma vontade histórica, mas sim aquela que, de acordo com as circunstâncias, seja valorativamente de atribuir à pessoa colectiva¹.

III. O não se confundir a vontade das pessoas físicas e a sua culpa com a da pessoa colectiva é que precisamente marca a natureza própria da responsabilidade de umas e de outra. As vontades culpáveis confundem-se frequentemente, mas não necessariamente.

A vontade das pessoas físicas titulares dos órgãos ou representantes da sociedade não implica necessariamente a vontade de prosseguir o interesse colectivo, donde que os agentes físicos podem ser penalmente responsáveis sem que o seja a sociedade, mas quando isso sucede, como acontece nas hipóteses da alínea *b*) do nº 1 do art. 12º, então o que há é mera coincidência entre a vontade dos agentes pessoas físicas e a vontade da sociedade.

Quando se trate de órgão de funcionamento colectivo pode ainda suceder que a vontade individual de cada um dos agentes pessoas físicas, ainda quando se forme maioria na deliberação, tomada na forma legalmente prescrita, não corresponda à vontade da pessoa colectiva. Assim, se um órgão colectivo delibera no sentido da prática de uma infracção, mas a vontade colectiva se forma porque a maioria dos votantes, dos titulares do órgão, foi induzida em erro desculpável, a culpa de um ou mais dos membros que contribuíram com o seu voto para tomar a deliberação não é a vontade culpável do órgão. Neste caso parece haver responsabilidade individual daqueles que agem culposamente, mas não da pessoa colectiva. O legislador parte da

¹ José de Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 272.

ideia que o crime pode ser imputado à pessoa colectiva porque os factos materiais cometidos pela pessoa física reflectem a vontade daquela de o cometer. À culpa dos agentes físicos há-de acrescer a vontade de realizar o interesse colectivo, pois não é concebível teoricamente uma vontade normativamente construída de um ente colectivo que não seja para a prossecução dos seus fins, ou seja, para a realização do seu objecto imediato¹.

IV. Mas como se forma a vontade única da pessoa colectiva na base da vontade plúrima dos titulares do órgão, quando o órgão é colegial? Cremos que é necessário recorrer à analogia. A vontade colectiva resulta da conjugação das vontades singulares dirigidas a um mesmo fim, com uma mesma direcção e a culpa das pessoas colectivas, do mesmo modo, assenta numa consciência comum e numa vontade comum dos titulares do órgão que formam a vontade da pessoa colectiva.

9.3. Modalidades de imputação dos crimes à pessoa colectiva

I. A lei não estabelece nenhuma limitação quanto às formas do crime imputáveis às pessoas colectivas, pelo que podem ser responsáveis por crimes consumados ou tentados e a título de autor, instigador ou de cúmplice, consoante a infracção cometida pela pessoa que nela exerce posição de liderança seja consumada ou tentada ou o agente seja autor, instigador ou cúmplice.

A comparticipação pode também ocorrer entre várias pessoas colectivas e entre pessoas colectivas e pessoas físicas que não sejam nem seus órgãos, nem seus representantes, nem tenham autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

Assim, a pessoa colectiva pode ser co-autora ou cúmplice de uma infracção com outra ou outras pessoas colectivas ou pessoas físicas, mas em todas as hipóteses as relações de comparticipação devem preexistir entre pessoas físicas.

II. É diversa a relação entre a pessoa colectiva e a pessoa física que, nela ocupando uma posição de liderança, é agente do crime. Agora não se trata de comparticipação, mas simplesmente de responsabilidade concorrente ou cumulativa, ainda que, eventualmente, se tenham de aplicar por analogia as normas que regem a comparticipação.

¹ *Supra*, nº 13.5; Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial, IV – Sociedades Comerciais*, pp.23ss e 47ss.

CONCLUSÃO

É tempo de terminar o meu sermão. A matéria é basta e o tempo para a comunicação é curto. Acresce que não tive ainda tempo para resumir. A análise vai ao correr da pena e por isso há repetições e lacunas. No texto a publicar procurarei corrigir, clarificar e resumir.

Mais interessante do que a minha exposição, pode ser o debate, sobretudo para atestar as dificuldades e esclarecer algumas das minhas posições. Estou pronto para me submeter ao exame

Muito obrigado pela atenção com que me aturaram.